

EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA MUJER EN EL DERECHO COMÚN CLÁSICO*

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA **

En 1557, un abogado de la Corte, Rui Gonçalves, se animó a ofrecer a la reina Doña Catalina un librito en el que coleccionaba juntamente con ejemplos de “algunas virtudes en las que las mujeres fueran iguales y precedieran a los hombres” (p.4), los privilegios que el derecho les concedía¹.

Rui Gonçalves no era, ciertamente, un “feminista”. La finalidad de su obra era, como la de muchos escritores cortesanos de la época, conseguir el favor real. En este caso, al estar la corona bajo la tutela de una mujer, elaborando una recopilación de ejemplos tópicos que favorecían - por diversas razones, incluyendo la condescendencia paternalista o el favor debido a los imbéciles- el género femenino. Levantar la carga de preconcepciones que la tradición hiciera caer sobre la naturaleza o la condición de las mujeres exigía renegar de las autoridades establecidas e inventar un discurso nuevo.

De hecho, ayer como hoy, la condición de la mujer, concretada en los usos del lenguaje, en preceptos ceremoniales y de etiqueta, en normas jurídicas, recorría los modelos de lectura (o de construcción) de la naturaleza depositados en la tradición cultural europea. En esta tradición, los textos fundadores respecto a las grandes cuestiones de comprensión del mundo y del hombre son los libros de autoridad de la cultura religiosa, de la cultura letrada difundida, en general, en las Escuelas de las Artes y de dos culturas especializadas, con

* Traducción del original portugués de Raquel Escutia Romero, Becaria del Area de Derecho Romano de la U.A.M.

** Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa.

¹ RUI GONÇALVES, *Dos privilegios e praerogativas que ho genero femenino tem por direito comum & ordenações do Reyno mais que ho genero masculino*, Lisboa 1557. Otro título jurídico, más tardío, sobre el género femenino: DUARTE DE BARROS, *De iure foeminarum. Quaestiones iuris civilis*, 1678, 2 tomos.

una antigua tradición universitaria y un fortísimo impacto en la vida cotidiana –la de los médicos y la de los juristas–. E igualmente en este ámbito, se manifiestan jerarquías. Si, tomando textos de derecho, exploramos sus genealogías, es muy probable que terminemos en el *Génesis* o en la *Física* de Aristóteles. Y si partimos de textos de medicina llegaremos probablemente a los Aforismos de Hipócrates o a los textos de Galeno sobre la naturaleza y las dolencias de las mujeres.

Exceptuadas las diferencias de enfoque y alguna discusión de detalle –como la conocida polémica entre platónicos y aristotélicos sobre el alma de las mujeres o entre Aristóteles e Hipócrates sobre la existencia de semen femenino²–, la imagen de la mujer contenida en esta tradición era consistente, pudiendo explicar, no sólo las prácticas habituales, sino también las normas de comportamiento. En este sentido, todo lo que se relaciona con las mujeres –desde los proverbios y las representaciones literarias hasta las normas jurídicas y los preceptos morales– constituye un universo sin sorpresas, pues cada detalle se relaciona inmediatamente a una idea fuerte, frecuentemente ligada a un lugar textual bien conocido, como el relato bíblico de la Creación o del Pecado o los fragmentos del *Tratado de la Generación* de los animales de Aristóteles sobre la función de los machos y de las hembras en la generación.

El derecho participaba de este sistema de pre-concepciones profundas sobre la identidad y la naturaleza de los sexos, y recibía de éstas sus intuiciones fundamentales³. No obstante, como saber práctico de un mundo social en el que las mujeres no eran sino seres pasivos y minusvalorados, el derecho –que, por lo que resta, partía de lo dado por la cultura romana sobre el género, a pesar de todo mucho más igualitaria que la cultura judaica–, se diferenciaba como sistema productor de imágenes sobre lo femenino. Se apartaba de los puntos de vista extremos sobre la incapacidad de las mujeres, frecuentes en varios lugares de las Escrituras y de la Patrística, y desarrollaba algunas valoraciones propias, que permitían la integración de situaciones reales, como la de la mujer propietaria de bienes, de la mujer feudataria, de la mujer reina.

Antes de nada, ¿qué era la mujer?

². ARISTÓTELES, *Tratado de la generación de los animales*, II, 5,20.

³. Sobre el estatuto de la mujer en el derecho común, vid., por todos HELMUT COING, *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800*. Band I. *Älteres Gemeines Recht*, München, C.H. Beck, 1985, 134 y ss.

I. MUJERES

Es una cuestión que para los juristas tiene un alcance propio. Para ellos, no se trata fundamentalmente, de identificar una cosa. Claro que existían cuestiones fácticamente complicadas, como la clasificación sexual del hermafrodita, a que los juristas también se dedicaron. Como se dedicaron a establecer normas que impidieron la confusión de los géneros en el orden de las cosas, prohibiendo, por ejemplo, que las mujeres se vistiesen de hombres, que se cortasen sus cabellos como los hombres o que los hombres se disfrazasen de mujeres⁴.

Pero, rigurosamente, saber si, en el orden de los hechos, existen seres sexualmente diferentes y cuáles son esas diferencias es, para los juristas, cosa poco menos que irrelevante. Los juristas no trabajan con las cosas, trabajan con conceptos. Lo importante para ellos es saber cómo es que, por encima de esas prejuídicas distinciones de las cosas, el derecho constituye, al clasificar el mundo, sus objetos propios y qué fuerza expresiva da a sus nombres.

Por ejemplo, qué fuerza tiene, jurídicamente, el nombre “mujer”, lo femenino. O sea, ¿disponiendo la ley para las hembras, comprende también a los machos? Y dispongo la ley para los machos, ¿abarca a las hembras? Detrás de estos problemas de interpretación de las palabras genéricas, muy usuales e importantes para quien lidia con normas formuladas en términos abstractos, se esconden todavía cuestiones mucho más sustanciales desde el punto de vista de una ontología del género.

La regla más general que los juristas evocan⁵ en relación con este uso del género de las palabras es la de que, en la locución corriente, lo masculino incluye generalmente a lo femenino. Lo que está de acuerdo con un principio de representación simbólica de ámbito muy general según el cual la cabeza evoca, naturalmente, todo el cuerpo. Lo femenino no comprende ya, sino excepcionalmente, lo masculino, por el mismo orden de razones por el que no se designa el todo por la parte más frágil.

Se ve ya que esta regla generalizada es todo menos inocente, desde el punto de vista de la jerarquización de los géneros, remitiendo –en la época

⁴ *Decretum*, I, dist. 30, c.6 (concilio Gangrese, contra los maniqueos, c. 376) “Anatema sea la mujer que, por serle útil, se vista con vestidos masculinos [o cortar los cabellos a hombre]”.

⁵ Cf., v.g, RUI GONÇALVES, *Dos privilegios ...*, “prólogo”.

mucho más que hoy-, bien a una concepción jerarquizada y patriarcal en el caso del mundo, bien a una concepción realista del lenguaje, en el que el poder denotativo de las palabras se enraizaba en los poderes y jerarquías recíprocas de las propias cosas. Las propias excepciones son significativas. Las *Ordinações* filipinas (I. 74, 20) hablan de las multas que se aplican a las “mujeres que tienen por costumbre vociferar”⁶; así como, al tratar el crimen de hechicería, el *Decretum* de Graciano (p. II, C. 26, q. 5, c. 12) evoca, naturalmente, a hechiceras. En un caso y en otro, la norma contenida en los textos se aplicaba también a los hombres. Aquí el uso de lo femenino remitía a usos corrientes del lenguaje en el que el género femenino significaba -contra la regla generalizada- el todo. Pero esto no puede dejar de relacionarse con la presunción subyacente de que situaciones como las previstas envolvían normalmente a las mujeres. Bulliciosas y brujas.

Agustín Barbosa –un célebre canonista del siglo XVII- discute detenidamente esta cuestión del uso de lo femenino y del masculino, a propósito de “hijos/hijas”⁷. En general, “hijos” incluiría a las hijas, excepto en aquellos casos en que la razón del derecho fuese diferente para los hombres y para las mujeres. Los ejemplos que da de estos casos excepcionales también son característicos. No se aplicaría a las hijas, por ejemplo, la ley que manda penar a los hijos por el crimen del padre, como en el de lesa de majestad. Una vez que la razón de la ley es que la memoria del crimen del padre se mantenga en los hijos, ésta no valdría en las hijas, no sólo porque en éstas se pierde la memoria de la familia (al ganar, por casamiento, otra familia), sino también porque las hijas “por causa de flaqueza del sexo, son menos osadas”. En el primer caso, la pena sería inconsecuente, pues las hijas nunca son portadoras de la memoria familiar. En el segundo caso, la ley sería inútil, porque, en relación a las hijas, el carácter timorato del género ya constituiría prevención suficiente. En la herejía -que era equiparada a la lesa de majestad (*laesae majestatis spiritualis*)-, pasaría lo contrario: la pena del padre debería pasar a las hijas, porque “en la herejía, el peligro es mayor en las mujeres por causa de la imbecilidad de su intelecto” (n.55).

La regla de que lo masculino incluye lo femenino es, como ya se ha dicho, en general rechazada siempre que de ahí deriven soluciones absurdas o inconvenientes (ibid., ns. 67-68). O sea, siempre que, en este mundo particular cons-

⁶ Cf. MANUEL A. PEGAS, *Commentaria ad Ordinationes*, 1669, VII, ad Ord. Fil, I, 74, 20, n.4: “lo mismo pasa con el estatuto que prohíbe [el pastoreo de] cabras, pues sobre tal prohibición se comprende también los bodes”.

⁷ AGOSTINHO BARBOSA, *Tractatus varii. De appellativa verborum utriusque iuris significatione*, Lugduni, 1644 (ed.util.), v. “Filius”, ns. 48 y ss.

truido por los conceptos del derecho, el ser mujer sea, para ciertos efectos, tan radicalmente específico, que se rompa la unidad de naturaleza entre el varón y la hembra y se transforme ésta en una especie aparte, a la cual el régimen jurídico genérico no pueda ser aplicado sin absurdo o impropiedad. Uno de estos casos en que la feminidad clamaba por una especialidad del derecho era la de sucesión de bienes que supusieran dignidad. Pues era tan absurdo que éstos viniesen a recaer en una mujer que, si el padre en el testamento habló de “hijos”, era claro que no podía haber querido incluir a las hijas en la locución. Esta era la regla hermenéutica adecuada a las cláusulas testamentarias referidas a los castillos, a los feudos o las jurisdicciones, “en que las mujeres no pueden suceder” (n.71) o a los bienes que sólo se transmiten a varones, “por causa de la dignidad o de la conservación de la memoria familiar” (n.70).

Una interpretación profunda de estas reglas de uso del género en los textos jurídicos -calcadas, en parte, de los usos del lenguaje corriente- permite detectar ya, no sólo los ámbitos de lo femenino en el derecho, sino también los contornos de la imagen de la mujer.

Lo femenino es, en general, irrelevante (inexistente), siendo denotado por lo masculino *tanquam corpus a capite sua*. Sin embargo, cuando la imagen de su naturaleza la hace irrumpir en el derecho, el propio derecho explicita los trazos de su pre-comprensión de la mujer, trazos que el propio saber jurídico amplía y proyecta socialmente en las instituciones, reglas, forismos y ejemplos -flaqueza, debilidad intelectual, olvido, indignidad.

Recorramos más detenidamente los trazos de esta imagen de la mujer.

II. MENOS DIGNAS

El primer trazo es el de su menor dignidad, lo que incapacitaría a las mujeres, nominalmente, para las funciones de mando.

Esta distinción era constante en las materias políticas y jurisdiccionales, en que, o por la naturaleza o por decencia, la mujer no podía tener las mismas prerrogativas que los hombres.

El texto fundador era, en este caso, un fragmento de Ulpiano, insertado en el Digesto⁸: “las mujeres están apartadas de todos los oficios civiles o públi-

⁸. Compilación bizantina de la doctrina jurídica romano-clásica, incluido en el *Corpus Iuris civilis*, obra central de toda la tradición jurídica (529 d.C.-565 d.C.).

cos; y, por esto, no pueden ser jueces, ni desempeñar magistraturas, ni abogar, ni dar fianzas, ni ser procuradoras" (D. 50. 17, 2). San Agustín debía conocerlo, pues casi lo reproduce, combinado con otros y ampliado, en sus *Quaestiones super Veteris Testamenti* (c.45), en apoyo de la imagen negativa de la mujer que recorre todo el Antiguo Testamento. De allí pasa al *Decretum* de Graciano ^{9/10}: "Constátase que la mujer está sujeta al dominio del hombre, no teniendo, por esto, autoridad alguna para poder enseñar, ni ser testamentaria, ni dar fianzas, ni juzgar; mucho menos puede ejercer el imperio". El círculo —derecho civil, derecho canónico— se cerraba, constituyendo a la mujer en sujeto particular —en verdad, un sujeto excluido— del derecho político; o sea, identificando a la mujer para poderla excluir del universo de los posibles detentadores de prerrogativas políticas.

La lectura de algunos escritores clásicos permitía igualmente atribuir fundamentos naturales a esta interdicción. Aristóteles, por ejemplo, abunda en el tema de la inferioridad del género femenino. En su *Tratado de la generación de los animales*¹¹, el filósofo insiste largamente en el tópico del papel generador y activo del macho en la procreación. Además de enunciar este principio general de la naturaleza (I, 2, 2-5; I, 14, 15-18; I, 15, 4-8; II, 5, 6-7, etc.), Aristóteles lo ilustra con pruebas concretas traídas de la fisiología de la unión sexual. Las hembras eran tan inferiores que ni siquiera emitían, en el coito, algún semen (I, 13, 12-13; I, 14, 2-3, 15-18; II, 5, 20). También su placer era puramente derivado, coincidiendo con la efusión en la madre del semen masculino (II, 5, 16-17)¹². En suma, tal como el alfarero hace, con su idea y su acción, sobre el barro inerte y pasivo, así el macho trabajaría, en la generación, la materia pasiva del flujo menstrual femenino, considerado como la materia prima del embrión (I, 15, 8; I, 16, 1-2). Pasivas, y más frágiles: "las hembras son naturalmente más frágiles y más frías"¹³ que los machos; se puede creer que

⁹. Compilación de cánones y de doctrina canonística (siglo.XII), incluida en el *Corpus iuris canonici*, otro texto central en la tradición europea del derecho hasta el siglo. XVIII.

¹⁰. II,C, 34, q.V, c. 17.

¹¹. Ed. util. *Traité de la génération des animaux*, ed.J.Barthélemy-Saint Hilarie, Paris, 1887.

¹². Cf. HIPOCRATES, *Da geração*, n.6 (ed.util, *Ouvres médicales*, Toulouse, 1801). Sobre las concepciones acerca de los aspectos físicos y fisiológicos del género femenino, EDWARD SHORTER, *A history of women's bodies*, New York, Basic Books, 1982; SUSAN R. SULEIMAN, *The female body in western culture Contemporary perspectives*, Cambridge, Harvard U. Press, 1986 (colección de ensayos de interés desigual).

¹³. Frialdad y calor, humedad y sequedad son, en la medicina hipocrática, síntomas respectivamente de imperfección y de perfección. El calor es la fuente de generación y de acción; la humedad la señal de la degeneración y descomposición.

esto es una especie de inferioridad de naturaleza del sexo femenino” (IV, 6, 7). Platón fue, como se sabe, más allá en la indignificación de la mujer. Uno y otro convienen, con todo, en la inhabilidad natural de la mujer para el ejercicio de funciones de mando. La aplicación de todo esto al género humano tampoco deja de hacerse expresamente (II, 5; II, 6).

Santo Tomás de Aquino, un buen lector de Aristóteles, partía de estos puntos de vista sobre la condición femenina¹⁴. En la *Summa theologiae*¹⁵, una obra que influenciará decisivamente toda la cultura europea, antes y después de Trento, manifiesta la opinión de que las mujeres son infelices accidentes de la naturaleza: “[...] Debe decirse que por la naturaleza particular la mujer es algo de deficiente y ocasional. Pues la virtud activa que reside en el semen del varón, tiende a producir un efecto semejante a sí mismo de sexo masculino. Entre tanto, si se generó una mujer esto aconteció por causa de debilidad de la virtud activa o por alguna indisposición o aún por alguna mudanza extrínseca como los vientos del sur, que son húmedos”.

La tradición judaica marcaba todavía más la inferioridad de la mujer. El relato de la creación de la mujer (*Génesis*, I, 2, 18), así como su participación en la tentación de Adán y su consecuente condenación por Dios (*Génesis*, I, 3), tiene efectos devastadores muy duraderos sobre la imagen de la dignidad de la mujer. En el universo de los textos jurídicos, la presencia de esta imagen es constante. El *Decretum* de Graciano -que recoge mucha de la tradición patristica, fuertemente antifeminista- está lleno de referencias a la menor dignidad de la mujer, a sus fundamentos y sus causas.

Algunos textos basan la menor dignidad de la mujer en la ley de la naturaleza. “Es del orden natural en todo que las mujeres sirvan a los hombres y los hijos a los padres; pues no constituye ninguna injusticia que lo menor sirva a lo mayor” (*Decretum Decretumum*, 2, p., C. 33, q. V, c. 12)¹⁶.

Otros la ligan a la historia de la creación de un género y de otro. Las palabras de S. Pablo a los corintios sobre la sumisión de la mujer al hombre y de la esposa al marido (cf. *Corintios*, I, 11) están constantemente sobreentendidas siempre que se aborda el tema de las relaciones entre los géneros. De San Agustín se cita, por ejemplo, la doctrina de que “la imagen de Dios reside en el

¹⁴. Sobre la condición femenina en S. Tomás, OTTO H. PESCH, *Tomás de Aquino. Límite y grandeza de una teología medieval*, trad. Esp. Barcelona, Heder, 1992, pp. 246-271 (notable).

¹⁵. *Summa theol.*, I, 92. 1 ad 1.

¹⁶. La fuente es S. AGUSTÍN (1 lib. *quaest. Genesis*, q. 153)

hombre, de modo que él sea tenido como señor; de donde algunos deducen que el hombre tiene el imperio de Dios como su vicario [...] Mas la mujer no está hecha a imagen de Dios" (*Decretum Decretumum*, 2. P., C. 33, q. V, c. 13)¹⁷.

Otros fundan la menor dignidad de la mujer en el papel de la mujer en el pecado original y en la condenación con que Dios, por eso, la fulminó (*Génesis*, 1, 3, 16). De ahí proviene la idea bíblica de impureza de la mujer, concretamente en los períodos característicamente femeninos de la menstruación y de parto, en los cuales se le prohibía frecuentar el templo, no podía ser accedida sexualmente e impurificaba las cosas que tocara (Levítico, 3, 12; 3, 15, 19 ss). Los cristianos atenuaron estas prohibiciones; pero las *Decretales* continúan disculpando a la mujer que, por sentirse impura, observase los preceptos de la Ley Antigua¹⁸. De cualquier modo, el *Decretum* retiene la enseñanza de San Ambrosio de que "fue Adán quien fue engañado por Eva y no Eva por Adán. Fue la mujer quien lo atrajo para la culpa, por lo que es justo que sea él el que asuma la dirección, para que por causa de la facilidad de las mujeres, no vuelva a caer" (*Decretum*, 2 p., C. 34, q. V, c. 18)¹⁹.

En la tradición cultural que arranca de aquí, la mujer permanece siempre marcada por esta mancha original. Esta debe ser continuamente recordada y asumida. El velo era una de las marcas de vergüenza que siempre debía llevar²⁰. Y su comportamiento exterior debería ser continuamente regulado por las ideas de sujeción y de expiación. S. Pablo (*A Timoteo*, I, 2, 9-15) sintetiza así el comportamiento debido. "Aprenda la mujer en silencio y con la sumisión. No permito que la mujer enseñe o domine al hombre. Que se mantenga en silencio. De hecho, Adán fue creado primero y después Eva. Y Adán no fue seducido, sino que la mujer lo fue para el pecado. Sólo se salvará por la generación de hijos si permanece en la fe, caridad y santificación con sobriedad".

Esta subordinación, en el estado de inocencia y en el estado de pecado, de la mujer al hombre se avivaba todavía más en el caso de la mujer casada a la que algunos de los textos antes citados más directamente se refieren. A pesar de que en el casamiento los cónyuges son uno para el otro y se hacen carne de

¹⁷. Fuente: SAN AGUSTÍN, *Quaestiones veteris et novi test.*, c.106.

¹⁸. Decretales, III, t. 47, *de purificatione post partum*, c. un. : la mujer puede entrar en la Iglesia durante el puerperio y menstruación; pero si se quisiera abstener de esto por respeto, tal hecho no es considerado falta de vocación.

¹⁹. Fuente: SAN AMBROSIO, *In hexameron in tractatu diei quartae*.

²⁰. Decr., 2.,p., C. 33, q. V, c. 19 (S. AMBROSIO, *super primam epist. ad Corinthios*, in cap.2): "La mujer debe cubrirse la cabeza [...] pues el pecado fue provocado por ella y por esto debe traer esta señal. [...]".

una sola carne²¹, la desigualdad natural (prenupcial) de los dos sexos limitaba esta igualdad prometida. De aquí devienen todas las incapacidades específicas de la mujer casada, así como su subordinación al marido. S. Jerónimo, ese defensor de la androginia, fulmina a la mujer desobediente con el pecado equivalente al de aquel que se revuelve contra el propio Cristo “como la cabeza de la mujer es el marido, mas la cabeza del marido es Cristo, toda mujer que no se someta a su marido, esto es, a su cabeza, se torna reo del mismo crimen del hombre que no se somete a Cristo, su cabeza [...]. Igualmente las mujeres gentiles sirven a su marido según una ley común de la naturaleza” (*Decretum*, 2., p. C.33, q. V, c. 15)²².

Esta pre-comprensión de la mujer como ser degradado se desentraña en el transcurso de la tradición jurídica europea en consecuencias normativas, algunas de las cuales son meras extensiones de los lugares de las Escrituras comunicadas al derecho por su recepción en el derecho canónico.

Directamente del *Levítico* se extrae la consecuencia de que a las mujeres, igual las consagradas a Dios o las monjas, les está prohibido tocar los vasos o vestes sagradas (*Decretum Decretumum*, I, dist. 23, c. 25).

La regla pauliana sobre la sujeción de las mujeres a los hombres – concretamente su prohibición de que la mujer domine al hombre - se combina con el ya citado fragmento ulpianiano del *Digesto* (D. 50, 17, 2) y genera una tradición formidable de prohibiciones en cuanto al acceso de las mujeres a todo cuanto pueda ser entendido como lugar de magisterio o de mando.

En el plano del derecho canónico, les está vetado el sacerdocio, pues éste implica jurisdicción y magisterio. Así también, todos los actos derivados de esta naturaleza. Las abadesas u otras superiores, por ejemplo, no pueden predicar, bendecir u oír a las monjas en confesión (*Decretales*, V, 38, 10)²³. Por

²¹. “Ahora sí es huesos de mis huesos y carne de mi carne. Esta será llamada mujer porque por el varón fue tomada” (*Génesis*, 1,2,23)

El fragmento es citado por Mateo, 19, 5; Pablo, Corintios, I, 6, 16; Pablo, Efesios, 5, 31.

²². Fuente: S. JERÓNIMO, *Super epist. ad Titum*, in cap.2, c. an 386. El texto es recogido en el *Decretum*, 2p. C.33,q. V, c.15.

²³. “Mulier nos potest ordinari qui est incapax ordinis clericalis [...] nec potest exerceri spiritualia, neque tangere sacra vasa [...], neque potest accedere ad altare [...] neque potest praedicare, neque publice docere, quamvis sit docta, & sancta, quoniam hoc est officium sacerdotale” (ANTONIO CARDOSO DO AMARAL, *Summa seu praxis iudicum, et advocatorum a sacris canonibus deducta*, Ulyssipone 1610 (ed.cons.cit. *Liber utilissimus ...*, Conimbricæ 1740 [adiciones de José Leitão Teles], vid. “Mulier”, n.2.

muchas razones, “ninguna mujer, aunque docta, debe enseñar en reunión de hombres”. Pero tampoco puede bautizar (*Decretum*, I, d.23, c.20).

Para el derecho civil, como ya se vio, “las mujeres están apartadas de todos los oficios civiles o públicos; y, por esto, no pueden ser jueces, ni desempeñar magistraturas, ni abogar, ni dar fianzas, ni ser procuradoras” (D. 50, 17, 2).

El derecho común aplica este principio, con algunas limitaciones, al mundo político medieval y moderno. Así, les veda, en principio, el ejercicio de magistraturas y de lugares que importen jurisdicción, la sucesión en los feudos y en las alcaldías²⁴.

Esta negación de capacidad política a las mujeres tenía, después, consecuencias en su capacidad sucesoria relativa a todos aquellos bienes que contuviesen alguna dignidad: feudos, morgados, oficios y regalías²⁵. “Las mujeres no acostumbran a suceder en los castillos, que acostumbran quedar para los hijos *por dignitate, & consuetudine familiae* [a fin de la dignidad y memoria de la familia]”, escribe en siglo XVII, Agustín Barbosa²⁶.

En Portugal, el principio de incapacidad política femenina es recibido en la “Ley Mental” (primera mitad del siglo XV), que excluye a las mujeres de la sucesión de los bienes de la corona (*Ord.fil.*, II, 35, 4). “Las mujeres —escribe Jorge de Cabedo en el inico del siglo XVII²⁷— son incapaces de ser donatarias de bienes de la corona, estándoles prohibido poseerlos. La razón es patente, pues tales bienes comprenden muchos actos de jurisdicción como son juzgar, nombrar oidores para juzgar, confirmar los jueces elegidos, nombrar escribanos públicos y otros magistrados y, de vez en cuando, nombrar algunos oficios. Comprenden también regalías, como los oficios de los castillos, que son los jefes de los castillos a que llamamos Alcaides, moradores de los castillos

²⁴. La opinión es común. Vid, en Portugal, ALVARO VALASCO, *Decisionum, consultationum ac rerum judicatarum*, Ulysipone 1588 (ed.util. Ulysipone, 1730), dec. 120, n.3; 157, n.8; ANTÓNIO DA GAMA PEREIRA, *Decisionum Supremi Senatus ...*, Ulysipone 1578 (ult^a.ed. 1735), dec. 337, n.2; ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL, *Summa ...*, cit.vid. “*Mulier*”, n.4.

²⁵. MANUEL A. PEGAS, *Commentaria ad Ordinationes*, 1669, XI, cap. n.3 ss; JORGE DE CABEDO, *Practicarum observationum sive decisionum Supremi Senatus regni Lusitaniae*, Olyssipone 1602-1604, 2 vols. (ult^a ed. 1734), I, dec. 208; ya en las sucesiones de bienes indiferentes (como los bienes alodiales o enfiteúuticos), el varón no debe preferir a la mujer (ANTÓNIO GAMA, *Decisiones ...* (cit), dec. 194, n.3; ALVARO VALASCO, *Decisionum ...*, cit., cons. 157, n.7.

²⁶. *Tractatus varii. De appellativa...*, vid. “*filius*”, n.61.

²⁷. JORGE DE CABEDO, *Practicarum observationum...*, cit, II, 27, 1 y ss.

que tampoco competen a las mujeres, ni éstas los pueden ejercer por sí, pues no pertenecen a las mujeres los actos de guerra como tampoco les pertenecen los actos de jurisdicción, l. foeminae [...] Estas prohibiciones existen a no ser que el Príncipe conceda especialmente a las mujeres estos cargos”.

El mundo medieval y moderno europeo participaba, mientras tanto, de otras tradiciones jurídicas y políticas que otorgaban papeles políticos diferentes a lo femenino. Conocía reinas, condesas, señoras de tierras, patronas de monasterios que ejercían prerrogativas de mando y que en cuanto señoras, ejercían también la jurisdicción. El derecho feudal lombardo –que, a través de los *Libri feudorum* incluidos en el *Corpus iuris civilis* medieval, influenciaba al derecho feudal y señorial de toda Europa– conocía la sucesión femenina de feudos. Si esto no fuese suficiente para obliterar la tradición judaica, fue por lo menos bastante para atemperar las opiniones referidas al fundamento de la exclusión de las mujeres de los cargos de dignidad. Si había costumbres y leyes que las admitían, si, como ya se dijo, la historia era abundante en ejemplos de buenas gobernantes, es porque la incapacidad política de la mujer no podía derivar de un defecto del sexo; sino de una costumbre producida en ciertas naciones contra la honestidad y el pudor femeninos²⁸. “La mujer – sintetiza António Cardoso do Amaral -, según costumbre prescrita, no puede tener jurisdicciones, ejercerlas por sí, juzgar y dar sentencias. A la mujer le está prohibido juzgar y tener jurisdicción no por causa de la incapacidad, sino por causa de la honestidad [...]; no porque carezca de juicio, sino porque fue recibido que no ejerza oficios civiles”²⁹.

III. FRÁGILES Y PASIVAS

Aunque esta tradición literaria, fundamentalmente judaica, de la indignidad de las mujeres pudiese ser anulada, quedaba todavía la tradición, ésta predominantemente clásica, de su flaqueza y fragilidad.

Los juristas son unánimes en considerar que las mujeres carecen de las capacidades suficientes para regirse por sí solas. “Las mujeres, en razón de la ignorancia, se equiparan a los niños”, escribe Pegas³⁰, recogiendo una opinión

²⁸. Codex, tit. *de mulieribus in quo loco munero sexui congruentia vel honores adgnoscent.*

²⁹. ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL, *Summa* ..., vid. “Mulier”, n.5

³⁰. MANUEL . A .PEGAS, *Commentaria ad Ordinationes*, 1669, IV, ad Ord., I, 62, gl. 43, n.5 y ss.

común. “su ingenio es cambiabile [...] y su disposición variable y mutable, como dijo el poeta, presumiéndose que se dejan fácilmente persuadir con caricias”, escribe Pegas³¹. De ahí que ya el derecho romano les prohibía, por el senadoconsulto Veleyano, dar fianzas, para evitar que cediesen a las manio-
bras de seducción de los deudores³².

Son naturalmente ignorantes, como los meninos y los rústicos, no pudiéndose presumir que conozcan el derecho³³. De ahí que la Glosa enumere los casos en que esa ignorancia les vale como excusa³⁴.

Por todo esto, tienen que estar sujetas a tutela de alguien³⁵. S. Tomás explica con detalle que los fundamentos de esta sujeción –que es diferente de la del esclavo– son altruistas, destinándose a proteger a la propia mujer. “[...] La sujeción es doble. Una es la servil, por la cual el señor usa de aquello que le está sujeto para su propia utilidad; y esta sujeción fue introducida después del pecado. Mas existe otra sujeción, la económica o civil, por la cual el señor usa de aquél que le está sujeto para utilidad de éste. Y esta sujeción existía también antes del pecado, pues habría faltado algún bien a la multitud de los hombres si no fuesen gobernados por algunos más sabios. Y por tal sujeción la mujer está sujeta al hombre, pues en el hombre abunda más, por naturaleza, la prudencia de la razón. En la desigualdad de los hombres está excluida por el estado de inocencia [...]” (*Summa theol.* Ia., 92, l ad 2).

Antes del matrimonio, están bajo la patria potestad de su padre. Después están como pupilas bajo la curatela del marido. De cualquier modo, “por causa de la fragilidad del sexo y de su peor condición [...] no se deben entrometer en las reuniones de los hombres”³⁶; no pueden ser fiadoras³⁷; no pueden ser testigos en los testamentos (*Ord. fil.*, IV, 76); en los delitos son castigadas más blandamente.

Pero la flaqueza de la mujer surge incluso de esa impotencia de lo femenino para imponerse a lo masculino, de esa pasividad y plasticidad del género

³¹. JORGE DE CABEDO, *Practicarum observationum...*, cit, I, dec.114, n.9.

³². Cf. D. 16, 1; C. 4,29, *Ord. Fil.*, IV, 61; ALVARO VALASCO, *Decisionum ...* cit, cons. 138, n.23.

³³. Cf. ALVARO VALASCO, *Decisionum ...*, cit, 138, n. 24 (aunque deban consultar expertos en derecho).

³⁴. Gl. in l.fin *Cod. de juris et facti ignoratia*.

³⁵. ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL, *Summa...*, vid. “mulier”. n. 29.

³⁶. Idem, vid. “mulier”. n.1.

³⁷. vid. supra.

que lo torna disponible y lo hace recibir todas las determinaciones ajenas. Esta flaqueza está relacionada con la mayor debilidad de los genes y del semen femeninos³⁸. De nuevo la fisiología del coito es llamada como testimonio y fundamento: “enseña S. Tomás que en todo acto de generación se requiere un poder activo y otro pasivo. Donde, como en todo cuanto respecta al sexo, la virtud activa está en el macho, la virtud pasiva, sin embargo, en la hembra” (*Summa theol.*, I, 98, 2 resp, 3).

En las mujeres, por esto, todo se pierde: la familia, el estado³⁹, el nombre, la memoria. “La mujer cabeza de familia es el fin de la familia”, concluye Alvaro Vaz⁴⁰.

Esta es una de las razones que, además de la de su menor dignidad, lleva a excluir a las mujeres de la sucesión en que el sucesor o la ley tuvieran en perspectiva la conservación de los lazos familiares que contaban más entonces –los lazos agnaticios⁴¹. Esto acontece, frecuentemente, en los bienes vinculados a la memoria de la familia, como los morgados o, en Portugal, los bienes de la corona.

IV. LASCIVAS, ASTUTAS Y MALAS

La pre-comprensión de lo femenino de la que el derecho parte contiene también referencias a la perversidad de las mujeres.

³⁸. HIPÓCRATES, *De la generación* (ed. cit), n.10 (los genes del hombre son más fuertes que los de la mujer); *De la naturaleza de las criaturas* (idem), n.8 (el semen del que provienen las rapazas es más frágil y más húmedo de aquel del que provienen los rapaces).

³⁹. “La mujer hija de noble al casar con plebeyo pierde la dignidad de noble”, ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL, *Summa ...*, vid. *Mulier*, n.27. Esta “disponibilidad” de la mujer le permitía aprovechar la nobleza del marido (C. XII, 1,13; MANUEL A. PEGAS, *Commentaria ad Ordinationes*, 1669, VII, ad I, 90, gl. 18, n.1).

⁴⁰. ALVARO VALASCO, *Allegationes ...*, all. 29, n.10; MANUEL A. PEGAS, *Commentaria ad ordinationes*, 1669, XI, ad ord., II, 35, cap. 181, per totum (“la línea masculina es la línea que comienza en un varón y en la que se continúa sin cualquier mujer o interposición de sus descendientes [...] La línea femenina es la que comienza en la mujer [...] y se divide en dos especies, una bajo el punto de vista del principio, si comienza en mujer, pues todos los que descienden de ella se dicen ser de línea femenina, aunque sean varones, pues proceden de aquella primera mujer como stirpe [...] Otra es la línea femenina que se compone sólo de mujeres sin mixtura alguna de varón. La mujer que es cabeza de su familia también es su fin, pues en primer lugar la línea masculina se extingue en el padre, no se transmite a la hija sino que termina en ella y no se continúa en sus herederos que se dicen de línea femenina y se consideran de otra familia y agnación”).

⁴¹. AGUSTÍN BARBOSA, *Tractatus varii. De appellativa ...*, v. “filius”, n.61; JORGE DE CABEDO, *Practicarum observationum ...*, cit, I, dec.208, n. 3 y ss.

Mucho de esta perversidad parece derivar del sexo.

Puesto que, en general, las hembras en relación con los machos son más lascivas que los hombres. La propia forma cóncava de la madre crearía un deseo más violento, explicable por el principio natural del horror a lo vacío⁴². Mas, de entre todas las hembras, la mujer y la jumenta alcanzaban el extremo de la lubricidad, pues tenían la particularidad de ser las únicas hembras que se entregaban al coito mismo durante la gravidez⁴³. Esto no deja de ser recordado por los moralistas y por los juristas cuando quieren justificar la inmoderada lujuria de las mujeres. La flaqueza de la voluntad hacía el resto: “la sobriedad —enseña S. Tomás— se requiere más en los jóvenes y en las mujeres: pues en los jóvenes abunda la concupiscencia del deseo, por causa del fervor de la edad, y en las mujeres el vigor de la mente no es suficiente para resistir a la concupiscencia” (*Summa theol.*, IIa. IIae, I, 49, resp. 4, 1).

Por esto el estado de pureza es, en las mujeres, siempre precario e inestable, sujeto a mil atentados y deseos. S. Cipriano, otro látigo del género femenino, advierte de la evanescencia de la virginidad: “se puede desflorar con la vista; igualmente la mujer incorrupta puede no ser virgen. Pues el dormir con hombre, la conversación, los besos contienen mucho de peligroso e impúdico” (*Decretum*, II, C. 27, qu. I, c. 4; Fuente S. Cipriano, *ad Pomponium*).

La lujuria llamaba a la curiosidad — que ya perdiera a la mujer del Edén— y a la astucia.

Sin embargo, estas disposiciones del espíritu, —que no siempre eran defectos y explicaban hasta una especial aptitud de la mujer para aconsejar en los casos arduos—, eran también responsables de la tendencia femenina para la inmodestia y para el cultivo de los saberes ocultos y prohibidos.

A la inmodestia en los afeites y en los trajes se refiere S. Agustín: “Pintarse con pigmentos de modo que se parezca más rosada o más blanca es una falacia adulterina. Pues sin duda los maridos propios no se dejan engañar por ella. E incluso a ellos pertenece decidir si sus mujeres se ponen afeites, según el permiso (*venia*) de ellos y no según el poder (*imperium*) de ellas. Es que los verdaderos ornamentos son [...] las buenas costumbres”⁴⁴. Respecto a la hech-

⁴². ARISTÓTELES, *De la generación de los animales*, (ed.cit.), II, 5, 5 y ss.

⁴³. ARISTÓTELES, *De la generación de los animales*, (ed.cit.), IV, 5, 4-5; *Historia de los animales*, VI, 22, 2 y ss...

⁴⁴. Epis. 73 *ad Possidiam*, c. 415; fragmento recogido en el *Decretum*, *De consecr.*, dist. V, c.38.

cería, un canon conciliar del siglo IX, incorporado en el *Decretum* de Graciano, manda reprimir duramente a las mujeres que se dediquen a indagar lo sobrenatural por medio de prácticas demoníacas. “Tampoco puede omitirse - se dice- que algunas mujeres malvadas, reconvertidas a Satanás y seducidas por las ilusiones y fantasmas de los demonios, creen y confiesen que cabalgan de noche sobre aquellas bestias como Diana, diosa pagana, o como Herodíades, y una enorme multitud de mujeres, viajan en el silencio de la noche por muchas tierras distantes, obedeciendo a su imperio y dedicando ciertas noches a su servicio [...] Y el propio Satanás se transfigura en ángel de la luz para posarse en la mente de esas mujercillas [...]” (*Decretum*, p.II, C.26, q.5, c. 12). Y esta prevención especial acompaña a la práctica inquisitorial, que mantiene una especial atención a los sortilegios y hechizos de las mujeres⁴⁵.

El remedio contra estos defectos de las mujeres⁴⁶ era una constante vigilancia sobre sus costumbres y su riguroso confinamiento al mundo doméstico. Era esto lo que se predicaba bajo la regla del pudor y honestidad de las mujeres.

La honestidad es, de hecho, “la virtud moral opuesta a la lascivia”⁴⁷. De alguna manera, es la virtud que consiste en hacer uso del sexo según la recta razón de la naturaleza⁴⁸. Los derechos y deberes que de ella derivan son, así, de derecho natural, se imponen a las obligaciones civiles o políticas, e igualmente a las órdenes expresas del príncipe⁴⁹.

El primer precepto de la honestidad femenina es que la mujer no se mezcle con los hombres⁵⁰. “La mujer - escribe António Cardoso do Amaral⁵¹ - no debe abogar ni procurar en juicio a favor de causas ajenas. Es incompatible con el pudor del sexo que se meta en negocios ajenos o importune desvergonzadamente a los magistrados”.

⁴⁵ cf. Las comunicaciones de ARLINDA LEAL, ANITA NOVINSKY y JOSÉ GENTIL DA SILVA al coloquio *Inquisición. Lisboa, Sociedade Portuguesa de Estudos do sec. XVIII*, 1989, 2 vols.

⁴⁶ Otros eran la avaricia (testimoniada por Cicerón) y la litigiosidad (“vale más estar sentado en el asna del tejado que con una mujer litigiosa que comparte la misma casa”, Proverbios, 21, 9).

⁴⁷ BENTO GIL, *Tractatus de iure, & privilegiis honestatis*, Ulyssipone, 1618, art. Proem., n.2.

⁴⁸ De ahí que la honestidad no se confunda con la virginidad pues realmente no impide el coito en general mas lo “deshonesto”. Ibidem.

⁴⁹ Idem art. 2., ns. 2 y ss.

⁵⁰ *Sextum*, II, 2 (no conviene que pasen o participen en reuniones de hombre y por esto no deben ir a juicio).

⁵¹ ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL, *Summa...*, vid. “mulier”, n.7.

De ahí que ella no pueda ser juez u ocupar cargos que la obliguen a intimar con hombres - a no ser que, por su dignidad o edad, el pudor no corra riesgos en esa intimidad⁵²; no pueda ser obligada a ir al tribunal, como juez⁵³ o procurador (*Ord.fil.*, II, 47; V, 124, 16), ni ser testigo⁵⁴; no pueda ser confinada en cárceles públicas, al igual que de mujeres⁵⁵; no deba meterse en cuestiones ajenas, ni siquiera para denunciar crímenes públicos⁵⁶.

Aunque muchas de estas restricciones sean presentadas por los autores como honras debidas al estado de la mujer, si nos preguntamos por sus fundamentos encontramos siempre la virtud de la honestidad. Y buscando la arqueología de esta virtud cuando es predicada del género femenino, llegaremos rápidamente a su opuesto, a la natural lascivia de las mujeres. En ellas, la honestidad es una virtud contra la naturaleza, un freno de la recta razón que compense la violencia de las pulsaciones del deseo y la debilidad de la voluntad natural para resistirse a ellas.

Esta imagen de la mujer, latente en los textos de derecho común europeo, se proyectaba sobre los derechos de los diversos reinos. En ellos ganaba, eventualmente, refracciones propias, que surgían de tradiciones culturales particulares. Era lo que sucedía con el derecho portugués que, como se puede apreciar en las indicaciones de fuentes que se han ido dando, recibió la generalidad de las reglas del derecho común.

Donde se verifica alguna especialidad es en el régimen de comunidad general de bienes, considerado como costumbre general del reino (*Ord.fil.*, IV, 46/47) -aunque sujeto a una progresiva usura por el régimen de dote y arras, de derecho común⁵⁷- y que limitaba más los poderes de disposición patrimonial

⁵² BENTO GIL, *Tratado* ..., art.2, n.6.

⁵³ Idem, n.1 (*Ord.fil.*; *Nueva recop.*, II, 9, 7: "porque no sería cosa guisada, que estuviese entre la muchedumbre de los hombres, librando pleytos").

⁵⁴ Digesto, 12, 2, 15. *Ord.fil.*, I, 78, 3. ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL, *Summa*..., v. "mulier", n.52. Esto es atenuado en el caso de mujeres deshonestas o plebeyas (BENTO GIL, *Tratado*..., art.2, n.5).

⁵⁵ Porque siempre existe el carcelero (BENTO GIL, *Tratado* ..., art.3, n.2); si tiene que ser encarcelada, debe serlo en un monasterio de mujeres. Para Portugal, v. *Ord.fil.*, II, 31, 4; IV, 76, ult.

⁵⁶ Digesto, 3, 1, 1, 2; 48, 2; *Decretum*, C, 5, 3, 1-3, BENTO GIL, *Tratado* ..., art.2, n.12.

⁵⁷ Vid. Mi nota en JOHN GILISSEN, *Introdução histórica* ..., cit., 592 y ss. Es probable que la generalidad de cada uno de los regímenes dependiese de los estratos sociales; aparentemente, el régimen de dote y arras era más común en los grupos nobles. Las camadas populares con pocos bienes de familia ("troncales", "de abolengo") poco conscientes de los valores de linaje y recurriendo menos al derecho letrado y escrito, usaban la costumbre de la comunidad, inicialmente más común en el Sur pero después (a partir de Rod.man., IV, 7) recibido como costumbre general del reino.

de la mujer. “El marido y la mujer – escribe Jorge de Cabedo en el inicio del siglo XVII⁵⁸ - poseen los dos los bienes y son como socios en la casa divina e humana” (cf. *Ord.man.*, IV, 17)”. Siendo el marido la cabeza del matrimonio, la mujer no podía disponer de cualquier bien, contratar o estar en juicio sin su autorización, incluso aunque éste estuviese lejos. Alguna doctrina era reticente en cuanto a la capacidad de disposición de la mujer casada, de igual modo en relación con las pequeñas limosnas que el derecho común permitía que la mujer diese sin autorización del marido⁵⁹.

En suma. Estamos delante de una estructura muy duradera de la comprensión de lo femenino tomada de textos de las tradiciones filosófica clásica y religiosa judío-cristiana que el derecho incorporó en textos muy visibles, y que reproduce y desarrolla durante siglos, desplegándola en normas, preceptos, dichos e interdicciones.

Callada la justificación doctrinal, por incómoda, mucha de esta estructura sigue viva hoy, siguiendo en su labor de marcar y discriminar. En este sentido, oír las razones de los juristas y teólogos modernos, es, para nosotros, como acostarse en el diván del psicoanalista.

⁵⁸. JORGE DE CABEDO, *Practicarum observationum ...*, cit, I, dec. 106, n.1.

⁵⁹. Idem cit, I, dec. 106, n.5.